

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOCTRINA

EDIÇÃO COMEMORATIVA - 25 ANOS



Ministra Nancy Andrigli
Diretora da Revista

O PRESO, A JUSTIÇA E A COMUNIDADE



Eliana Calmon

Ministra aposentada do Superior Tribunal de Justiça

O PRESO, A JUSTIÇA E A COMUNIDADE
Ministra aposentada Eliana Calmon

I – INTRODUÇÃO

A evolução do direito acompanha a história da humanidade, tendo-se no mundo ocidental, como marco zero, a Revolução Francesa de 1789. Inaugura-se aí a separação dos poderes e das funções estatais, passando a criação do direito a obedecer aos princípios básicos da era revolucionária, a começar pelo princípio da igualdade - todos são iguais perante a lei e com ela o nascimento dos direitos de segunda geração, os chamados DIREITOS POLÍTICOS, em substituição à era dos DIREITOS NATURAIS.

O princípio da igualdade formal assume o domínio absoluto das normas e, na esfera penal, inaugura-se o Período do Direito Penal Humanitário. O poder de punir, enfeixado nas mãos do Estado, afasta a ideia de vingança e torna-se poder dever, como instrumento de reprovação e prevenção de futuros delitos – é o DIREITO PENAL RETRIBUTIVO (ao mal do crime, o mal da pena).

Nesse ambiente de reformas estruturais e de profundas mudanças político-culturais, surgem os precursores dos sistemas penitenciários preocupados, pela primeira vez, com a criação de uma política criminal mais justa.

São desse período os fundamentos da legalidade estrita dos crimes e das penas (ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados em lei), a garantia das liberdades pessoais, a ideia de proporcionalidade entre o delito e a pena, a abolição da tortura e da pena de morte, a ideia de imputabilidade em decorrência do livre arbítrio e o mais importante dos acontecimentos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789.

Com a consciência de que não era possível ao Estado apenas criar direitos obedientes aos princípios introduzidos pela Revolução Francesa (liberdade, fraternidade e igualdade), deixando para as relações individuais o estabelecimento das regras de justa convivência, surge a consciência de que era preciso haver a intervenção do Estado em prol de uma igualdade efetiva, sob pena de não se poder alcançá-la senão formalmente. Em outras palavras, não era suficiente para os cidadãos terem direitos garantidos pelo Estado. Era necessário criar condições de acesso a esses direitos.

Mais de um século após a Declaração dos Direitos do Homem, é aprovada, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Segunda Declaração de Direitos do Homem e com ela um novo sistema de valores, de âmbito universal. Quarenta e oito nações assinam o documento que é a prova maior de que a humanidade compartilha de valores comuns, independentemente de suas origens, história ou religião. Esta foi a resposta dada aos horrores da Segunda Grande Guerra.

Banido o individualismo jurídico, na esfera penal registra-se substancial mudança pela preocupação não apenas com o crime e com a pena, aplicada dentro de uma proporcionalidade sistêmica, mas a preocupação se estende à pessoa do delinquente, cuja evolução levou ao modelo da pena como instrumento de ressocialização, ou seja, a pena tem como finalidade de ressocializar o delinquente para depois reintegrá-lo na sociedade.

A preocupação com o apenado levou, em 1955, o Congresso de Organização das Nações Unidas, realizado em Genebra, a aprovar as



Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, primeiras orientações modernas quanto às diretivas a serem impostas à prisão. E, a partir daí, não parou mais, pois na comunidade internacional é grande a movimentação.

O amadurecimento de novos valores, tais como bem estar, equidade real, manutenção da igualdade além das fronteiras estatais, aproximando os nacionais dos estrangeiros, faz eclodir uma nova era, a era dos DIREITOS SOCIAIS, ou direitos de terceira geração, na qual visualiza-se o homem integrado a um grupo.

As nações civilizadas em tempos distintos, mas consecutivamente, fazem uma revisão crítica de sua ordem jurídica cuja tônica foi deslocar o poder de criação da norma. Passa-se a examinar de per si o caso concreto e ao Legislador é dado elaborar as leis de forma aberta, a permitir que o juiz possa, no caso concreto, aplicá-la de forma peculiar.

O sistema, até então arraigado ao modelo de separação dos poderes, em que a norma era elaborada pelo Legislativo, para ser aplicada pelo Executivo e, autoritativamente, em caso de conflito, pelo Judiciário, muda inteiramente o foco. Segue o direito penal os novos rumos, fazendo um exame crítico das penas e da sua aplicação, atento à personalidade do delinquente.

Ao final do século XX, com a revolução tecnológica e a exploração de novos meios de comunicação o mundo tornou-se pequeno e globalizado. Novas ondas de crimes invadem o planeta, notando-se como característica a falta de limites para agir dos criminosos que não mais respeitam povos ou fronteiras, organizam-se para agir em países diversos, espalhando-se pelos diversos continentes. Surgem os gravíssimos crimes de terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos, por grupos organizados e infiltrados no aparelho estatal.

O Estado, sentindo-se ameaçado, passa a limitar as liberdades em nome da segurança da sociedade. O direito penal muda inteiramente

para punir com rigor os chamados crimes contra o Estado, ao tempo em que descriminaliza condutas e minimaliza as penas dos crimes de baixo potencial ofensivo.

Nessa nova era dos direitos de quarta geração, volta-se a atenção para um novo modelo de política criminal. É o modelo da **Justiça Restaurativa ou da Justiça Negociada**, fundado no consenso, no acordo e na negociação para a obtenção da pacificação interpessoal e social do conflito, para a recomposição dos danos à vítima, ou simplesmente a satisfação das expectativas de paz social da comunidade.

No **Modelo de Justiça Criminal Negociada** a confissão do delito e a assunção da culpabilidade leva a uma punição acordada, podendo-se também negociar a pena prisional, perda de bens, reparação de danos e forma de execução.

Este novo modelo deixa claro, no âmbito da Justiça Criminal, a existência de um espaço de consenso e de um espaço de conflito. O primeiro resolve o conflito mediante solução negociada, enquanto o segundo aguarda a palavra autoritativa do Estado.

Esta breve introdução tem por escopo mostrar a evolução dos modelos de aplicação de penas, os quais estão absolutamente inseridos dentro das diretrizes de cada era e de cada geração, cabendo a nós, ainda, criarmos a forma de enfrentar o problema nesta Era Digital, quando lidamos com os direitos de quarta geração.

II – AS PENAS E A REPERCUSSÃO NA COMUNIDADE

Nos dias atuais é grande o interesse da comunidade jurídica, do próprio Estado, como responsável pelo *jus puniendi* e da Organização das Nações Unidas pelo assunto – **participação da comunidade no tratamento dos delinquentes**.

A comunidade, historicamente, sempre colaborou no tratamento dos presos, seja através das chamadas visitas humanitárias, seja pela participação no serviço de missivas, tradicionalmente incentivados e



coordenados por entidades religiosas ou filantrópicas organizadas em patronatos oficiais ou particulares.

Aliás, no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento de Delinquentes realizada em Genebra, no ano de 1955, ao serem adotadas as “Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros”, diversos itens tratam da participação da comunidade na execução da pena privativa de liberdade.

Evidenciado o salutar papel da comunidade na atividade assistencial aos encarcerados, registra-se um elevado grau de participação, em nível de democracia efetiva. A sociedade não mais participa por assistencialismo, mas por compartilhamento, de forma organizada e direcionada, a partir de políticas públicas específicas que a envolve na atividade pertinente ao direito de punir, conforme recomendado pela ONU, desde 1995: *“desde o início do cumprimento da pena, deverá ser considerado o futuro do recluso depois da liberdade, devendo ser estimulado e auxiliado a manter ou estabelecer relações com pessoas e organizações externas, aptas a promover os melhores interesses da sua família e da sua própria reabilitação social.”* Com absoluta maestria o item 58 das regras básicas realça a preparação do preso para o seu retorno sadio ao convívio em sociedade, realçando a essencialidade da atuação direta da comunidade na educação e no estímulo de condutas cidadãs no delinquente, buscando-se a sua recuperação.

Seguiram-se as Regras de Tóquio, editadas pelas Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990, aprovadas mediante a Resolução nº 45/440, voltadas para as medidas punitivas não privativas de liberdade. Nelas há destaque para a participação da comunidade como recurso fundamental à ação da administração da Justiça Penal, fortalecendo os vínculos entre os delinquentes submetidos a medidas não privativas de liberdade e a sociedade. E continua afirmando: *“a participação da comunidade deve ser vista como uma oportunidade para que seus membros contribuam para a proteção de todos.”*

Em plena época de crise, quando se reconhece a ineficácia das penas privativas de liberdade pelos baixíssimos resultados quanto às funções

de prevenção e reintegração dos delinquentes, utilizam-se das penas substitutivas, ao tempo em que se volta a vista estatal para o decisivo papel de participação da comunidade.

No passado o papel de ressocialização era exclusivamente do Estado, mudando-se inteiramente o panorama na atual conjuntura, pela conscientização de que cabe à comunidade trabalhar juntamente com os órgãos estatais para a consecução de seus objetivos, dentre os quais a paz social.

A comunidade, como já registrado, sempre participou no tratamento assistencial dos encarcerados, mas era movida por motivos altruístas, filantrópicos ou religiosos, em trabalhos episódicos e sem sistematização.

O que se pretende agora é estabelecer um outro tipo de motivação, para que a participação da comunidade se faça por razões de cidadania, por dever de quem tem a obrigação cívica de contribuir na arte de governar, despertando-se, para tanto, a consciência de que o aparato estatal não se basta para realizar as atividades necessárias a uma ordem social justa e equilibrada.

Ao tempo em que se reclama da inação ou ineficiência estatais devem-se substituir as insatisfações por ação de compartilhamento e parceria.

Registre-se que, quanto mais livre e democrática a sociedade, mais eficazes se apresentam as críticas ao Estado, sendo tais reclamações importantíssimo elemento no desenvolvimento de qualquer atividade. Mas não basta reclamar, é preciso participar ativamente, sob pena de culpar-se a sociedade, na medida em que apenas exige e não colabora, como adverte Maurício Kuehne.

Contudo, o exercício da atividade participativa, a tônica dos direitos de quarta geração, exige tempo para educar e conscientizar, não sendo tarefa fácil, sequer para as nações desenvolvidas.

Dentre os diversos benefícios prisionais que envolvem a comunidade, temos a espécie identificada como **trabalho externo**. Modernamente,



procura-se, através do **trabalho externo**, manter o apenado fora da prisão, em contato direto com pessoas que exercem o mesmo tipo de trabalho, sendo este uma espécie de benefício legal que necessita da participação da comunidade, eis que o trabalho externo pode ser feito junto a empresas e atividades privadas, com as restrições pertinentes.

O benefício do trabalho externo pode ser concedido ao preso que esteja em qualquer dos regimes, fechado, aberto ou do semi-aberto, devendo-se observar as cautelas apropriadas a cada um dos regimes, preparando-se a comunidade com informações necessárias, evitando com isso hostilidade ou rejeição.

Anota-se ainda o decisivo papel da comunidade no acolhimento da mão de obra dos detentos que estão em regime de liberdade condicional, ou dos egressos do regime, pela aceitação da mão de obra dos ex-detentos sem preconceito algum, pela criação de um **CADASTRO DE EMPREGOS**.

Nota-se a importância da comunidade quando se verifica a perfeita **integração do apenado na sua própria comunidade**, mantendo-o próximo de sua família, dos amigos e dos conhecidos, sendo esta uma das recomendações de maior importância, nem sempre possível pela tendência de concentração dos regimes prisionais.

Toda a força participativa de um grupo social, para evitar dispersão e informalidade, pode ser formalizada via **Conselho Comunitário de Assistência aos Presidiários**, constituído por pessoas de realce na comunidade, com mandato certo e pré-estabelecido.

Uma das missões maiores do Conselho é sensibilizar e despertar o interesse da comunidade pela **participação no trabalho de construção de um sistema prisional inteiramente novo**, mediante o compartilhamento e a parceria, em prol da almejada paz social.

Afinal, tem-se hoje a consciência de que a punição não se esgota em si mesma. É preciso, mais do que ressocializar, É preciso inserir o egresso do regime punitivo e na sociedade.



Por fim, encontra-se na lei o fundamento precípua sobre a participação da comunidade na execução penal, o artigo 4º da Lei 7.210/84, - Lei de Execuções Penais, a qual dispõe que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança. Trata-se, como se vê, de um dever e não de uma mera faculdade.

III – O PAPEL DO JUIZ

A Justiça Brasileira vive hoje com uma das suas maiores incoerências. Por dever de ofício aplica-se obrigatoriamente a Lei das Execuções Penais – Lei 7.210/84, mas ao mesmo tempo não se podem ignorar as lúcidas ponderações da doutrina quanto ao descrédito na recuperação do delinquente, fato constatado pelas elevadas taxas de reincidência que varia de 70 a 80%.

Afinal, dizem, não há como preparar alguém para viver em sociedade encarcerando-o, privando-o do convívio social, retirando-lhe a identidade pessoal e familiar, a intimidade e a vida privada.

O cárcere brutaliza, degrada a personalidade e o caráter, ingredientes importantíssimos para colocar o detento à mercê das lideranças paralelas do presídio.

Ciente e consciente da insuficiência de espaço carcerário, da falta de assistência médica e jurídica, ausências que elevam o nível de ansiedade dos presos à potência máxima, o Juiz Penal não tem o que fazer, colocando-se entre dois deveres, um funcional e outro de cidadania.

Abre-se caminho para a imaginação, para a única forma possível de escapar a um sistema inteiramente desacreditado: a Justiça Restaurativa ou Negociada, nas quais o magistrado divide sua responsabilidade pela solução alternativa de conflito, sabendo ainda dosar as suas decisões diante do potencial ofensivo do delito cometido.

Nas palavras do Professor Luiz Flávio Gomes, *“incumbe também aos próprios juízes a responsabilidade em procurar promover essa integração*



comunitária, atuando principalmente na divulgação da importância da participação da sociedade, firmando convênios, esclarecendo às pessoas a maneira e o local em que podem prestar serviço voluntário, etc.”

Não mais sendo o juiz um convidado de pedra e sim agente de criação no direito a ser aplicado no caso concreto, encontra-se devidamente autorizado pela lei, pela doutrina, pela ONU e pelo controle ético da sociedade brasileira, a inserir a comunidade como partícipe na tarefa de aplicar a lei penal.

IV – CONCLUSÕES

1) A evolução do direito penal acompanhou o perfil de todas as fases de mudança da ordem jurídica, desde a Revolução Francesa quando se decidiu limitar o Estado (DIREITOS NATURAIS) para ser possível deixar resguardados os direitos individuais (DIREITOS POLÍTICOS), passando pelos (DIREITOS SOCIAIS), até serem alcançados os direitos de quarta geração (ERA DIGITAL), quando se faz uma verdadeira revolução na aplicação do direito penal, aplicando-se o Modelo Restaurativo ou o Modelo da Justiça Criminal negociada pelos métodos de solução alternativa de conflitos tais como transação penal, acordo, mediação, etc.

2) A participação da comunidade na aplicação do direito penal tem origem histórica e antiga pelas visitas e missivas realizadas aos encarcerados, em trabalho executado de forma episódica e circunstanciado por razões altruístas, filosóficas, humanitárias ou religiosas.

3) Entretanto, chamou atenção o trabalho da comunidade como importante fator de integração do preso na comunidade, surgindo pela primeira vez em regra traçada pela ONU quando em 1955, em Genebra, ficando ali evidenciadas as regras de integração da comunidade ao lado do Estado, detentor absoluto e monopolítico de aplicação da pena.

4) Nas Regras de Tóquio, formuladas pela ONU em 14 de dezembro de 1990, voltou-se a pugnar pela necessidade de despertar a comunidade para a relevância do seu papel na aplicação da pena.

5) Na medida em que se tem consciência da crise quanto à eficácia das penas privativas de liberdade, voltando-se a Justiça pela aplicação das penas substitutivas, exorta-se o sentimento de cidadania e de patriotismo, preparando-se a sociedade para terem como elementos participativos os seus cidadãos, como co-responsáveis pelo bom funcionamento da máquina estatal.

6) Se os serviços do Estado são precários ou ineficientes, cabe aos cidadãos substituir as reclamações e queixas por maior participação, de sorte a também compartilhar das políticas públicas.

7) Dentre os diversos tipos de intervenção da comunidade destacam-se o **trabalho externo**, o **cadastro de mão de obra** para os detentos que cumprem pena em regime aberto, em liberdade condicional ou egresso do regime prisional, e a **criação do Conselho Comunitário de Assistência aos Presidiários**, como elo de ligação entre o estado e a comunidade.

8) Por fim, aponta-se na LEP o fundamento para buscar-se o apoio da comunidade na aplicação do direito penal, diante da redação do seu artigo 4º, o qual traduz-se não em uma faculdade do juiz e sim em um dever.

9) A incoerência do sistema e o difícil papel do juiz penal pela deficiência de um sistema absolutamente falido e assim apontado por mais da metade da doutrina.

10) Busca-se solução pelo ativismo judicial, plenamente autorizado nesta moderna fase de revisão crítica do direito.

